



## ПОНЯТТЯ ТА МЕЖІ ОБ'ЄКТИВНОЇ ФОРМИ ВИРАЖЕННЯ ТВОРУ: АНАЛІЗ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ТА УКРАЇНСЬКОГО ПІДХОДІВ

**Любов Майданик,**

*асистент кафедри інтелектуальної власності  
юридичного факультету Київського  
національного університету імені Тараса Шевченка,  
кандидат юридичних наук  
ID ORCID: 0000-0002-1794-4513*

Стаття присвячена дослідженню поняття об'єктивна форма вираження твору в авторському праві з точки зору підходів Європейського Союзу та України. На підставі аналізу судової практики розглядаються актуальні питання можливості правової охорони творів, що сприймаються не лише зором та слухом людини, а й смаковими та нюховими рецепторами.

*Ключові слова:* об'єктивна форма вираження твору, запах, смак, рішення Суду ЄС

**Вступ.** Динамічний розвиток економічних відносин і поява нових товарів зумовлює необхідність переосмислення усталених підходів до розуміння окремих правових понять. Із розвитком технологій правова охорона об'єктів авторського права, виражених у нових формах, уже зазнавала свого розширення. Так відбулося із визнанням комп'ютерної програми об'єктом авторського права і надання йому охорони як літературному твору. В останні десятиліття поняття твору і його ознак (критеріїв) неодноразово аналізувалося на рівні судової практики, що зумовлено відкритим переліком об'єктів авторського права. Ознака форми вираження твору поряд з оригінальністю (творчим внеском) як критерії авторсько-правової охорони притаманні авторському праву України. Водночас авторське право ЄС визначає такі дві вимоги для авторсько-правової охорони: об'єкт повинен бути оригінальним та бути «твором», хоча поняття твору так і не ви-

значено ні на рівні *aquiscommunautaire*, ні на рівні національного законодавства країн ЄС. Слід звернути увагу, що у цьому контексті форма вираження твору може розглядатися як складова поняття «твір». У силу положень Бернської конвенції форма вираження (фіксації) як вимога для правової охорони твору залишається на розсуд країн-учасниць такої конвенції. Частина 2 статті 2 Бернської конвенції встановлює, що за законодавством країн Союзу зберігається право приписати, що літературні і художні твори або будь-які певні їх види не підлягають охороні, якщо вони не закріплені в тій чи іншій матеріальній формі. У ст. 3 Закону України «Про авторське право і суміжні права» (далі — Закон) згадується об'єктивна форма вираження твору, однак сутність поняття не розкривається. Дихотомічний поділ на вираження твору та його ідею (*idea/expression*) обумовлює наявність чи відсутність авторсько-правової охо-



рони у об'єкта, оскільки, як відомо, ідеї не мають меж. Доки ідея не набуде чіткого зовнішнього вираження та існує у формі ідеї, монопольні права на твір не виникають. Такий підхід частково може розкриватися через об'єктивну форму вираження, яку прийнято визнавати однією з передумов для надання авторського-правової охорони. Разом з тим об'єктивність існування твору в сучасних суспільних відносинах не піддавалася достатньому аналізу в судовій практиці, щоб однозначно надати йому визначення з точки зору теорії авторського права. Нещодавні позиції, висловлені у рішенні Європейського суду справедливості по справі С-310/17 щодо можливості правової охорони смаку харчового продукту [1] як об'єкта авторського права, спонукали до глибшого теоретичного аналізу об'єктивної форми вираження твору в розрізі світової та національної правозастосовної практики.

**Виклад основного матеріалу.** Ще в радянський період у правовій доктрині формі вираження твору приділялася значна увага [2, 3]. Під об'єктивною формою вираження твору розумілася форма, яка робить твір не просто доступним сприйняттю іншими людьми, й відтворюваним [4, 81]. Дослідник В. Серебровський підтримував позицію згідно з якою форма вираження твору — це будь-яке зовнішнє вираження ідей, думок, образів автора в доступній для сприйняття чуттями людини конкретній формі: усній, письмовій, у вигляді малюнка і т. д. [5, 39]. Форма вираження твору в доктрині авторського права України розглядається як об'єктивна форма втілення твору, яка може бути відтворена та сприйнята органами чуття [6, 147]. Можливість відтворення як елемент об'єктивної форми вираження твору розумілася в радянський період неоднаково. Так Б. Антимонов та Е. Флейшиц здійснювали розподіл творів за цією ознакою на відтворювані та невідтворювані, наприклад, хореографічні твори, щодо постановки яких від-

сутні вказівки у матеріальній формі. Водночас визнавалося, що такі твори можуть бути сприйняті людиною, однак усе одно не підпадають під авторсько-правову охорону. Так, В. Іонас дотримувався протилежної позиції та зазначав, що будь-який твір, виражений у об'єктивній формі, може бути відтворений, у тому числі в усній, оскільки фіксується в пам'яті людини при його сприйнятті, що забезпечує можливість відтворення. Тому можливість сприйняття твору людиною є ключовим елементом при визначенні об'єктивною форми вираження твору [7, 70].

Попри достатній, на перший погляд, аналіз в науці права об'єктивної форми вираження і єдине розуміння цього поняття через сприйняття людиною її чуттями такого твору, не поставало питання про те, якими саме органами чуття може сприйматися об'єкт авторського права. Як відомо, людина має п'ять органів чуття, які дають їй інформацію про навколишній світ: зір, слух, смак, дотик та нюх. При аналізі переліку об'єктів авторського права згідно з положеннями ст. 8 Закону можна припустити, що форма вираження твору може сприйматися лише за допомогою зору та/або слуху. Однак, такий висновок не знаходить свого підтвердження чи спростування у вітчизняній судовій практиці на відміну від іноземної. Цим обумовлено здійснення аналізу іноземної судової практики щодо можливості авторсько-правової охорони для творів, що сприймаються не лише зоровими та слуховими рецепторами людини, а також нюховими та смаковими.

*Правова охорона смаку харчового продукту.* Згадане вище рішення Європейського суду справедливості стосувалося спору між компаніями Данії Levola Hengelo та Smilde Foods щодо виробництва спреду «Heksenkaas». «Heksenkaas» — це спред, що містить вершковий сир і свіжу зелень, який був створений голландським роздрібним торговцем овочами у 2007 році. Права

інтелектуальної власності було передано на цей продукт компанії Levola на підставі договору. Із січня 2014 року компанія Smilde виробляє продукт під назвою «Witte Wievenkaas» для мережі супермаркетів у Нідерландах, який Levola вважає таким, що порушує її авторське право на «смак» в спреді Nekenkaas. Зокрема, Levola аргументувала в суді свою позицію рішенням Верховного суду Данії у 2006 році у рішенні по справі Lancôme проти Kesoфа щодо авторсько-правової охорони запаху, яке буде проаналізовано у цій статті нижче. У зв'язку з чим перед Європейський судом справедливості було поставлено, крім інших, питання виключення смаку харчового продукту як власного інтелектуального творіння автора з переліку об'єктів авторського права, а також щодо допустимої форми вираження. Суд зазначив, що для того, щоб бути «твором», у розумінні Директиви 2001/29, об'єкт авторського права повинен бути виражений таким чином, щоб його можна було ідентифікувати з достатньою точністю та об'єктивністю, навіть якщо таке вираження не обов'язково має стійку форму. Крім того, органи влади, відповідальні за забезпечення охорони виключних прав, що мають відношення до авторського права, повинні мати можливість чітко та точно визначити об'єкт, який охороняється. Те саме стосується й окремих осіб, зокрема суб'єктів господарювання, які повинні бути в змозі чітко і точно визначити, яким є об'єкт охорони, який користується третім сторонам, особливо конкурентам. Необхідність забезпечити відсутність елемента суб'єктивності — з огляду на те, що вона шкодить правовій визначеності — у процесі визначення об'єкта, що охороняється, означає, що останній повинен бути здатним виражатися чітко та об'єктивно. З огляду на вищевказане суд вирішив, що смак не може бути точно та об'єктивно визначений, оскільки кожна людина буде суб'єктивно сприймати смак, а технологічний процес ще не може забезпечити протилежне.

*Правова охорона запаху.* Правова охорона авторським правом запаху, наприклад, парфумерної композиції, піддається сумніву протягом багатьох років з огляду на неоднозначність та суб'єктивність сприйняття такої форми вираження. Разом з тим виробники продукції, основу якої становлять парфумерні композиції, шукають ефективні правові форми охорони результатів своєї діяльності. Охорона таких результатів можлива в межах прав на нетрадиційні торговельні марки, які поширені у правозастосовній практиці США, однак, у Європейському співтоваристві не набули поки що такої підтримки, попри рішення Європейського суду справедливості по справі C-273/00 Ralf Sieckmann проти Deutsches Patent-und Markenamt, окремі позиції з якого будуть проаналізовані нижче. У зв'язку з цим національні суди окремих країн періодично розглядають спори щодо можливості охорони запаху авторським правом. Відповіді на це питання намагався Верховний суд Данії у 2006 році у рішенні по справі Lancôme проти Kesoфа, у якому запах було визнано об'єктом авторського права. Спир стосувався можливості надання правової охорони запаху парфумів Trésor виробництва косметичної компанії Lancôme. Цікавим є те, що суд у мотивувальній частині рішення здійснив розмежування охорони в межах авторського права формули таких духів, тобто інгредієнтів і їх пропорції, та запаху. Професор Каміл Колман робить висновок, що таке розмежування означає, що парфуми, що містять абсолютно різні інгредієнти, але пахнуть так само, можуть вважатися порушенням, тоді як духи з аналогічною формулою, але іншим запахом — ні [8]. Суд відкинув аргументи представників Kesoфа про неоднакове сприйняття одного запаху різними людьми, що обумовлено особливостями біології людини, а виходив з того, що перелік об'єктів авторського права згідно з національним законодавством Данії є відкритим. Попри таку аргу-



ментацію, об'єктивність запаху парфумів є дискусійною з огляду на різне сприйняття кожною людиною залежно від умов, за яких вони були нанесені (температура повітря, взаємодія зі шкірою т. д.). Так, при створенні парфумерної композиції спеціалісти поєднують компоненти таким чином, щоб створити різне сприйняття аромату залежно від часу і місця нанесення. Верхні ноти парфумерної композиції відчуються лише в перші 10–15 хвилин після нанесення на шкіру. Середня нота залишається відчутною протягом наступних декількох годин, а кінцева залишається відчутною весь інший час. Хімічні сполуки парфумів взаємодіють з хімічними елементами на шкірі таким чином, що один і той самий запах буде сприйматися по-різному на кожній людині. Крім того, позиції, викладені у рішенні Європейського суду справедливості по аналізованій вище справі *Levola Hengelo* проти *Smilde Foods*, свідчать про те, що запах не може розглядатися як об'єкт авторського права, оскільки може призвести до юридичної невизначеності.

Точність (однозначність) сприйняття об'єкта інтелектуальної власності як головний критерій об'єктивності згадувався в рішенні Європейського суду справедливості у зазначеній вище справі *Ralf Sieckmann C-273/00*. Тоді суд розглядав питання щодо тлумачення невичерпності переліку охороноздатних позначень у ст. 2 Директиви 89/104/ЕЕС від 21.12.1988 року «Про наближення законодавства країн-учасниць щодо торговельних марок, як такого, що включає в себе ольфакторні (нюхові) позначення». Слід зазначити, що чинна Директива 2008/95 містить такі самі положення у ст. 2. Спир стосувався відмови Патентним відомством Німеччини у державній реєстрації торговельної марки Ральфу Зікману, яка складалася з запаху, що була представлена в описі формулою та описом самого запаху. Патентне відомство Німеччини відмовило у реєстрації, оскільки таке позначення

не могло бути представлене графічно як того вимагала директива. Пан Зікман не погодився з такими аргументами з огляду на невичерпний перелік позначень у Директиві 89/104/ЕЕС, що можуть бути зареєстровані як торговельні марки. У зв'язку з цим Патентним відомством Німеччини було поставлене перед Судом ЄС таке питання: Чи означає, що вираз ст. 2 згаданої директиви «знаки, які можуть бути представлені графічно», охоплює тільки ті знаки, які можуть бути відтворені безпосередньо у їхній видимій формі, або ж вони повинні тлумачитися як знаки (запахи або звуки), які не можуть бути сприйняті візуально *per se*, але можуть бути відтворені непрямо за допомогою певних засобів? Тобто питання стояло про те, чи може складатися торговельна марка з позначень, які людина не може сприймати зором. Суд відповів на поставлене запитання таким чином, що перелік позначень наведений у ст. 2 Директиви не є вичерпним. Отже, це положення, хоч і не згадує позначення, які самі по собі не можуть бути сприйняті візуально, наприклад, запахи, однак і не виключає їх прямо. За цих обставин ст. 2 Директиви слід тлумачити таким чином, що торговельна марка може складатися з позначень, що як такі не можуть бути сприйняті візуально, однак за умови, що вони можуть бути представлені графічно. Далі суд зазначив, що таке графічне зображення повинно давати змогу візуально представити знак, зокрема, зображеннями, лініями або символами, щоб його можна було точно (однозначно) визначити. Крім того, суд підсумував, що таке представлення має бути ясним, точним, самодостатнім, легко доступним, зрозумілим, довговічним і об'єктивним, однак не розкрив практичну можливість забезпечення цих критеріїв при реєстрації торговельної марки. У той же час представлення запаху у вигляді хімічної формули, словесного опису та/або зразком на зберіганні не відповідає зазначеним вище критеріям графічного представлення. Таким чином, суд

ЄС на теоретичному рівні допустив правову охорону запаху в межах права інтелектуальної власності, разом з тим практична можливість виникнення прав унаслідок державної реєстрації була не визначена, що й призвело до фактичної відсутності ольфакторних (нюхових) торговельних марок у Європейському Союзі. Лише з прийняттям у 2015 році Регламенту 2015/2424 та Директиви 2015/2436 було введено нові положення про можливість реєстрації нетрадиційних торговельних марок, у тому числі ольфакторних.

З урахуванням тенденції до щільної уніфікації матеріального права щодо торговельних марок, що обумовлена практикою Суду ЄС [9, 84], можна за аналогією припустити можливість змін щодо праворозуміння сутності твору в межах авторського права Євромоюзу, однак різна правова природа цих об'єктів, а також загалом цілі та сучасний стан гармонізації законодавства ЄС у сфері авторського права відкладають вирішення цих питань на довгу перспективу. Разом з тим, розвиток технологій, у тому числі штучного інтелекту, можуть змінити підходи до сприйняття будь-якої форми вираження об'єкта. Варто лише припустити, що в масове виробництво надійде пристрій, який дає змогу передавати запахи на відстані з достатньою чіткістю і точністю визначення (як зараз звук та зображення). Тоді розуміння правової природи такого об'єкта матиме економічні підстави для переосмислення.

**Висновки.** З урахуванням сучасних доктринальних підходів та європейської судової практики, об'єктивна форма вираження твору як обов'язкова ознака твору може визначатися через точне (однозначне) сприйняття такої форми зором чи слухом людини, при цьому статичність не є релевантною характеристикою в такому разі. Відтвореність не посідає головне місце при наданні авторсько-правової охорони твору. Видається, що суб'єктивність сприйняття людиною є визначальним критерієм у цьому контексті, що виключає авторсько-правову охорону. Вбачається, що розвиток технологій у майбутньому усуне суб'єктивне сприйняття будь-якої форми вираження твору, що потенційно може зумовити до розширення меж об'єктивної форми вираження твору у порівнянні з сучасними підходами. У зв'язку з цим вбачається розвиток правових підходів до розуміння об'єктивності форми вираження з точки зору технологічного прогресу, який вирішить питання щодо однаковості сприйняття та водночас представлення певного об'єкта. ●

#### *Список використаних джерел / List of references*

1. Сайт Європейської Комісії.  
URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1127819>.
2. Иоффе О. С. Советское гражданское право. Курс лекций. Т. 3: Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право. Ленинград: Изд. ЛГУ, 1965. С. 8–9.
3. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. Москва: Юрид. лит. 1972. с. 23.
4. Б. С. Антимонов, Е. А. Флейшиц. Авторское право. Госюриздат. 1957. С. 81.



5. В. И. Серебровский. *Вопросы советского авторского права*. Изд-во АН СССР. 1956. С. 39.
6. Дроб'язко В. С. Дроб'язко Р. В. *Право інтелектуальної власності: навч. посібник*. Київ. Юрінком Інтер. 2004. С. 147. 512 с.
7. В. Я. Ионас. *Критерий творчества в авторском праве и судебной практике*. Изд-во «Юридическая литература». 1963. 132 с.
8. Kamiel Koelman. *Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression? WIPO-magazine*.  
URL: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2006/05/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html).
9. Капіца Ю. М. *Реформа охорони торговельних марок в Європейському Союзі та її вплив на законодавство України. Актуальні проблеми міжнародних відносин*. 2016. Випуск 127, частина 1. С. 80–86.

1. *Sait Yevropeiskoi Komisii*.  
URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=207682&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1127819>.
2. Yoffe O. S. *Sovetskoe hrazhdanskoe pravo. Kurs lektsiy. T. 3: Pravootnosheniya, svyazannyye s produktamy tvorcheskoi deyatelnosti. Semeinoe pravo. Nasledstvennoe pravo*. Lenynhrad: Yzd. LKHU. 1965. S. 8–9.
3. Yonas V. Ya. *Proyzvedeniya tvorchestva v hrazhdanskom prave*. Moskva: Yuryd. Lyt. 1972. s. 23.
4. B. S. Antymonov, E. A. Fleishyts. *Avtorskoe pravo. Hosiuryzdat*. 1957. Str. 81.
5. V. Y. Serebrowskyi. *Voprosy sovetskoho avtorskoho prava. yzd-vo AN SSSR*. 1956. str. 39.
6. Drobiazko V. S. Drobiazko R. V. *Pravo intelektualnoi vlasnosti: navch. posibnyk*. Kyiv. Yurinkom Inter. 2004. S. 147. 512 s.
7. V. Ya. Yonas. *Kryteryi tvorchestva v avtorskom prave y sudebnoi praktyke*. Yzd-vo «Iurydycheskaia lyteratura». 1963. 132 s.
8. Kamiel Koelman. *Copyright in the Courts: Perfume as Artistic Expression? WIPO-magazine*.  
URL: [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/en/2006/05/article\\_0001.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/en/2006/05/article_0001.html).
9. Kapitsa Yu. M. *Reforma okhorony torhovelnykh marok v Yevropeiskomu Soiuzi ta yii vplyv na zakonodavstvo Ukrainy. Aktualni problemy mizhnarodnykh vidnosyn*. 2016. Vypusk 127, chastyna 1. S. 80–86.

Надійшла до редакції 24.01.2019 року

**Майданик Л. Понятие и границы объективной формы выражения произведения: анализ европейского и украинских подходов.** Статья посвящена исследованию понятия объективной формы выражения произведения в авторском праве с точки зрения подходов Европейского Союза и Украины. На основании анализа судебной практики рассматриваются актуальные вопросы возможности правовой охраны произведений, которые воспринимаются не только зрением и слухом человека, а также вкусовыми и обонятельными рецепторами.

*Ключевые слова:* объективная форма выражения произведения, запах, вкус, решение суда ЕС

**Maidanyk L. Notion and boundaries of objective form of expression of a work: analyze of European and Ukrainian approaches.** In article the concept of an objective form of expression of a work in copyright law is analyzed in connection with the approaches of the European Union and Ukraine. On the basis of the analysis



of judicial practice, the topical issues of the possibility of legal protection of works that are perceived not only by human sight and hearing, but also taste and olfactory receptors are considered. Perception and reproducibility are defined as the key elements of the objective form of the expression of a work in the copyright law of Ukraine. The inability of legal protection of the taste of a food product by copyright is conducted based on the practice of the European Court of Justice. The preciseness and objectivity of perception are determined as the criteria of the form of expression of the work in the sense of the EU Court. The legal protection of the smell is carried out on the basis of the positive practice of the Danish Supreme Court in protecting the smell. A comparison is made with the position of the European Court of Justice regarding the protection of olfactory trademarks. It is concluded that the objective form of expression is revealed through precise and clear perception of a particular work.

*Key words:* objective form of expression of a work, scent, taste, rulings of ECJ